

Datum 15-11-2012

Datum

15-11-2012

JCDI

JCDI:ADS257553:1

Vakgebied(en)

Strafrecht algemeen (V)

In deze rubriek wordt aandacht geschonken aan recente jurisprudentie van de afgelopen periode. Allereerst wordt het recente arrest Chambaz besproken over het nemo tenetur-beginsel. Vervolgens volgen enkele fiscaalstrafrechtelijke uitspraken van de strafkamer van de Hoge Raad alsmede een uitspraak van de civiele Kamer van de Hoge Raad over de reikwijdte van het (afgeleid) verschoningsrecht van een trustkantoor ten opzichte van de Belastingdienst. Ten slotte komt een tweetal uitspraken van gerechtshoven aan de orde met betrekking tot de samenloop van een fiscale strafzaak en een ontnemingsvordering.

EHRM 5 april 2012, nr. 142 (*Chambaz vs Zwitserland*)

Er is al veel geschreven over de spanning tussen het nemo teneturbeginsel versus de inlichtingenverplichting van artikel 47 AWR. Het *Chambaz*-arrest vormt een nieuwe uitspraak in de reeks van arresten over de verhouding tussen artikel 6 EVRM en de verplichting om informatie te verstrekken ten behoeve van belastingheffing.

In deze Zwitserse zaak menen de fiscale autoriteiten dat de heer Chambaz niet zijn gehele inkomen heeft aangegeven en stellen daarom het belastbare inkomen op een hoger bedrag vast. Daartegen maakt de heer Chambaz bezwaar. Tijdens deze bezwaarprocedure wordt door de fiscus verzocht om documenten over het inkomen en vermogen van de heer Chambaz te overleggen, hetgeen door hem wordt geweigerd. De heer Chambaz wordt door de lokale Zwitserse fiscus beboet voor deze weigering. De federale fiscale autoriteiten stelden, op het moment dat een beroepsprocedure aanhangig is ter zake van de beboeting, een strafrechtelijk onderzoek in naar belastingontduiking. Uiteindelijk werden aan Chambaz hoge navorderingsaanslagen met boetes opgelegd. De heer Chambaz wendt zich tot het EHRM. De heer Chambaz stelt dat indien hij de gevorderde documenten had verstrekt, de fiscus de mogelijkheid had om onmiddellijk een strafrechtelijke procedure jegens hem te beginnen. Door overlegging van de documenten liep hij derhalve het risico dat de documenten in een strafrechtelijke procedure gebruikt zouden gaan worden. Bovendien klaagt de heer Chambaz dat de administratieve rechtbank en het Federale Hof de opgelegde boetes hebben bekrachtigd terwijl hij onderwerp was van een strafrechtelijk onderzoek (over dezelfde belastingtijdvakken) (r.o. 50). De Zwitserse regering stelt (onder verwijzing naar *Allen*, EHRM 10 september 2002, nr. 76574/01) dat de verplichting om informatie te verschaffen tijdens een procedure ten behoeve van de belastingheffing, geen schending kan inhouden van het verbod op zelf-incriminatie. Hier voegt zij aan toe dat de administratieve procedure en het strafrechtelijk onderzoek, aparte procedures betreffen. Ook gaat de regering in op de toepassing van de zaak-*Funke* (EHRM 25 februari 1993, *LJN* AD1839). Volgens de regering verschilt de zaak van de heer Chambaz in zoverre van de zaak-*Funke* dat het verzoek om informatie slechts ziet op de vaststelling van de fiscale heffingsbevoegdheid en niet op een latere strafrechtelijke procedure (r.o. 51).

Het Europese Hof herhaalt dat het recht om te zwijgen en het recht om niet aan zijn eigen veroordeling mee te werken algemeen erkende internationale normen zijn. Voorts merkt het Hof op dat de Zwitserse autoriteiten druk hebben uitgeoefend om stukken te overleggen met betrekking tot inkomen en vermogen, doordat – overigens relatief lage – boetes zijn opgelegd wegens de weigering om informatie te verstrekken. Het Hof voegt hier onder verwijzing naar *JB/Zwitserland* (EHRM 3 mei 2001, *LJN* AL1323) aan toe dat het risico bovendien niet kan worden uitgesloten dat tengevolge van het verstrekken van de informatie met betrekking tot aanvullende inkomsten uit niet belaste bronnen de positie van de heer Chambaz in het strafrechtelijk onderzoek zou worden geschaad. Hierbij merkt het Hof op dat destijds geen garantie in de wet was opgenomen dat de informatie die werd verzocht ten aanzien van de belastingheffing niet mocht worden gebruikt in het strafrechtelijk onderzoek. Een dussdanige bepaling is per 1 januari 2008 wel in de Federale wet opgenomen. De bekrachtiging van de boetebesluiten in gerechtelijke procedures heeft als resultaat gehad dat Chambaz werd verplicht om aan zijn eigen veroordeling mee te werken. Deze elementen leiden naar het oordeel van het Hof tot een schending van artikel 6 EVRM. Ten slotte brengt volgens het Hof het recht op *fair play* met zich dat de verdediging het recht heeft op alle bewijsmaterialen. Weigering het volledige dossier ter inzage te geven is volgens het EHRM in strijd met het beginsel van

equality of arms.

De vraag is nu welke gevolgen dit arrest heeft voor de Nederlandse jurisprudentie ten aanzien van het *nemo tenetur*-beginsel. De belastingkamer van de Hoge Raad heeft geoordeeld dat het niet in strijd is met artikel 6 EVRM om iemand te verplichten gegevens, inlichtingen en bescheiden te verstrekken, voor zover het om de vaststelling van de belastingschuld gaat. De Hoge Raad oordeelt tevens dat in het kader van de belastingheffing verstrekte gegevens, die onafhankelijk van de wil bestaan, mogen worden gebruikt bij de vaststelling van de boete. Ten aanzien van verklaringen heeft de Hoge Raad geoordeeld dat ook de verplichting bestaat antwoord te geven op vragen van de Belastingdienst, indien aan deze betrokkene reeds strafvervolging is ingesteld. Een dergelijke verklaring kan echter niet voor beboeting worden gebruikt. Artikel 47 AWR, (dreiging met) beboeting en strafvervolging wegens schending van artikel 47 AWR en omkering en verzwaring van de bewijslast leveren tot op heden, volgens de Hoge Raad, geen schending van artikel 6 EVRM op (HR 27 juni 2001, nr. 35.889, *NTFR* 2001/985; HR 16 september 2005, nr.38.156, *NTFR* 2005/1191; HR 21 maart 2008, nr. 43.050, *NTFR* 2008/614). In de zaak *Chambaz* lijkt het Europese Hof waarde te hechten aan de combinatie van opgelegde boetes, de bevestiging daarvan door de rechter en de risico's van informatieverstrekking voor de ingestelde strafvervolging; een cumulatie van omstandigheden, derhalve. Dit roept de vraag op of de nieuwe strategie van de fiscus om – naast artikel 47 AWR en dreiging met omkering en verzwaring van de bewijslast, beboeting en/of strafvervolging – een civiel kort geding te starten, waarbij iemand onder verbeurte van dwangsommen wordt verplicht om informatie te verstrekken, de druppel is, die (ook) de Belastingkamer van de Hoge Raad doet omgaan.

HR 23 maart 2012, LJV BV5577 (hetzelfde feit)

De vraag binnen welke grenzen een wijziging van de tenlastelegging ex 313 Sv toelaatbaar is wordt bepaald door het feitsbegrip van artikel 68 Sr zoals dat in de rechtspraak invulling heeft gekregen. Uit de rechtspraak (HR 1 februari 2011, *LJV* BM9102, *NJ* 2001, 394) volgt – kort samengevat – moet worden gekeken naar de volgende gegevens als relevante vergelijkingsfactoren: 1. de juridische aard van de feiten en 2. de gedraging van de verdachte.

Ad 1. Indien de ten laste gelegde feiten niet onder dezelfde delictomschrijving vallen, kan de mate van verschil tussen de strafbare feiten van belang zijn, in het bijzonder wat betreft (i) de rechtsgoederen ter bescherming waarvan de onderscheidene delictomschrijvingen strekken, en (ii) de strafmaxima die op de onderscheiden feiten zijn gesteld, in welke strafmaxima onder meer tot uitdrukking komt de aard van het verwijt en de kwalificatie als misdrijf dan wel overtreding.

Ad 2. De gedraging van de verdachte. Indien de tenlasteleggingen respectievelijk de tenlastelegging en de vordering tot wijziging daarvan niet dezelfde gedraging beschrijven, kan de mate van verschil tussen de gedragingen van belang zijn, zowel wat betreft de aard en de kennelijke strekking van de gedragingen als wat betreft de tijd waarop, de plaats waar en de omstandigheden waaronder zij zijn verricht. De Hoge Raad overweegt hierbij dat de vraag wat onder 'hetzelfde feit' moet worden verstaan, mede wordt bepaald door de omstandigheden van het geval. Daarbij geldt als vuistregel dat een aanzienlijk verschil in de juridische aard van de feiten en/of in de gedragingen tot de slotsom kan leiden dat geen sprake is van 'hetzelfde feit'.

In deze zaak gaat het voor zover hier van belang om een oorspronkelijke tenlastelegging die – kort gezegd – is toegespitst op het opzettelijk een bij de belastingwet voorziene aangifte onjuist doen, en een door de feitenrechter toegewezen vordering tot wijziging van de tenlastelegging in het opzettelijk verstrekken van onjuiste gegevens aan de Belastingdienst. Meer concreet: de tenlastelegging is toegesneden op artikel 68, eerste lid onder a in verbinding met het tweede lid, (oud) van de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen (AWR) en de vordering tot wijziging van de tenlastelegging is toegesneden op artikel 68, eerste lid onder b in verbinding met het tweede lid, (oud) AWR. De Hoge Raad oordeelt dat in aanmerking genomen dat de onderscheiden delictomschrijvingen strekken ter bescherming van hetzelfde rechtsgoed en het verschil in de daarin omschreven gedragingen, wat betreft de aard en de strekking daarvan en wat betreft de tijd waarop, de plaats waar en de omstandigheden waaronder zij zijn verricht, van beperkte betekenis is, het oordeel van het hof dat door het toewijzen van de vordering tot wijziging van de tenlastelegging sprake blijft van 'hetzelfde feit' in de zin van artikel 68 Sr, geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

HR 27 april 2012, LJV BV3426 ((afgeleid) verschoningsrecht)

Zoals bekend geldt het professioneel verschoningsrecht ingevolge artikel 53a AWR slechts voor advocaten, notarissen, geestelijken, artsen en apothekers. Zij kunnen zich op dit recht beroepen wanneer het informatie betreft die aan hen in hun hoedanigheid van geheimhouder is toevertrouwd. Een afgeleid verschoningsrecht wordt aangenomen voor degenen die in dienst zijn van de verschoningsgerechtigde en personen die ten behoeve van de verschoningsgerechtigde werkzaamheden verrichten en hierbij gegevens onder zich krijgen die onder het verschoningsrecht vallen.

In deze civiele casus staat de vraag centraal of het afgeleid verschoningsrecht ook betrekking heeft op adresgegevens blijkend uit correspondentie tussen geheimhouders en cliënten die is opgenomen in de administratie van derde. Het betreft

hier een trustkantoor dat als administratief beheerder en bestuurder optreedt van vennootschappen waarvan de belastingplichtige aandeelhouder is.

De Hoge Raad oordeelde dat een administratiekantoor moet voldoen aan de verplichtingen van artikel 47 AWR ten behoeve van de belastingheffing van derden, nu een dergelijk kantoor niet tot de eerder genoemde categorie geheimhouders van artikel 53a AWR behoort.

De Hoge Raad onderscheidt twee situaties. Indien een *geheimhouder* administratie aan een dergelijk kantoor heeft toevertrouwd, kan dat kantoor zich beroepen op een afgeleid verschoningsrecht, voor zover het gaat om gegevens waarvoor de geheimhouder mogelijk een verschoningsrecht toekomt. Dit afgeleid verschoningsrecht kan ook zien op de namen en adresgegevens van cliënten met wie de geheimhouder gegevens heeft gewisseld. Maar indien – in het tweede geval – het kantoor de administratie van een *belastingplichtige – niet geheimhouder* – onder zich heeft bestaande onder meer uit correspondentie van een belastingplichtige met een geheimhouder, kan het zich ten aanzien van die gegevens niet beroepen op een van de geheimhouder afgeleid verschoningsrecht. Wel bestaat de mogelijkheid dat dan een beroep wordt gedaan op het eigen recht van de belastingplichtige weigeren te voldoen aan de informatieverplichting van artikel 47 AWR vanwege de vertrouwelijkheid van zijn contacten met een geheimhouder. Omdat de belastingplichtige die zich hierop beroept noodzakelijkerwijs bekend moet zijn, impliceert dit dat van het administratiekantoor mag worden verlangd om de naam van de belastingplichtige bekend te maken. Dat zal dan bovendien de gelegenheid moeten bieden om zijn stelling dat de betreffende informatie contacten tussen die belastingplichtige en een geheimhouder betreft op aannemelijkheid te toetsen, waarbij de mogelijkheid bestaat deze toetsing aan een neutrale derde, zoals een notaris op te dragen.

Met dit arrest creëert de Hoge Raad duidelijkheid over de kwestie onder welke voorwaarden een trustkantoor zich tijdens een derdenonderzoek kan beroepen op een afgeleid verschoningsrecht. Belastingplichtigen zullen in deze situatie zichzelf bekend moeten maken om van het verschoningsrecht van de geheimhouder te kunnen profiteren. Dit leidt tot de bijzondere situatie dat indien de fiscus het trustkantoor niet als derde maar als bestuurder van de vennootschappen of als beheerder van de administratie dus op grond van de eigen inlichtingenplicht had benaderd (artikel 47/48 AWR), de fiscus zelf zou moeten kenbaar maken ten aanzien van welke belastingplichtigen de gegevens werden gevorderd, terwijl hij dit in de onderhavige casus niet hoefde te doen. Dit oordeel heeft voor onderhavige casus dan ook ruime gevolgen, omdat de Belastingdienst beschikt over de volledige administratie van het trustkantoor en haar cliënten. Dit betekent echter nog niet dat trust- of administratiekantoren in het kader van een derdenonderzoek adresgegevens van alle cliënten, die contact hebben (gehad) met een geheimhouder, zouden moeten verstrekken. Van een derdenonderzoek mag immers alleen sprake zijn, indien de benodigde informatie niet door de belastingplichtige zelf kan worden verstrekt. Een verzoek aan een trustkantoor als zijnde bestuurder van een vennootschap (artikel 47 AWR) ligt dan meer voor de hand.

HR 8 mei 2012, LJN BW5002 (opgewekt vertrouwen in verband met nader boekenonderzoek en ontvankelijkheid openbaar ministerie)

In de onderhavige casus had de verdediging het verweer gevoerd dat het openbaar ministerie niet ontvankelijk diende te worden verklaard in de strafvervolging omdat – kort gezegd – het in strijd met opgewekt vertrouwen tot een vervolging is overgegaan. Het hof had in zijn arrest verzuimd om op dit verweer een uitdrukkelijk met reden omklede beslissing te geven. Dit behoefde in dit geval niet tot cassatie te leiden omdat de Hoge Raad op grond van de vastgestelde feiten zelf tot beoordeling van dit verweer kon komen. Concreet had de verdachte onder meer gesteld dat hij met een gesprek van 7 augustus 2001 als het ware zelf de trekker had overgehaald voor de start van een strafrechtelijk onderzoek en dat dit onderzoek indruiste tegen alle afspraken die met de Belastingdienst tijdens het gesprek op 7 augustus 2001 zijn gemaakt. In dat gesprek was afgesproken om contact op te nemen met hem voor een nader boekenonderzoek terwijl de fiscus niets meer van zich had laten horen. Onder meer deze laatste ‘toezegging’ kwam in cassatie aan de orde in verband met de vraag of deze werkwijze consequenties dient te hebben voor de ontvankelijkheid van het openbaar ministerie in de strafvervolging.

De Hoge Raad overweegt dat voor een niet ontvankelijkheid het openbaar ministerie in de vervolging buiten de in de wet geregelde gevallen slechts plaats is in uitzonderlijke situaties. Dat is aan de orde wanneer de vervolging wordt ingesteld of voortgezet nadat door het openbaar ministerie gedane, of aan het openbaar ministerie toe te rekenen, uitlatingen bij verdachte het gerechtvaardigde vertrouwen hebben gewekt dat hij niet (verder) zal worden vervolgd. De Hoge Raad vervolgt met de overweging dat aan uitlatingen of gedragingen van functionarissen aan wie geen bevoegdheden in verband met de vervolgingsbeslissing zijn toegekend zulk gerechtvaardigd vertrouwen dat (verdere) vervolging achterwege kan blijven evenwel *in de regel* niet worden ontleend (zie voor een succesvol beroep HR 19 september 1988, NJ 1989, 379 (parkeerwachter)). Een uitzonderlijk geval als zojuist bedoeld kan zich voorts voortdoen indien door met opsporing of vervolging belaste ambtenaren in de loop van het vooronderzoek een ernstige inbreuk is gemaakt op beginselen van een behoorlijke procesorde, en daardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van verdachte tekort is gedaan aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak.

De Hoge Raad gaat na dit algemene kader in op het verweer dat betrekking had op wat tijdens of in verband met een bespreking aan de orde is geweest dat berustte op stellingen betreffende het optreden van met controle en aanslagregeling

belaste ambtenaren van de fiscus. Hij oordeelt dat wat er ook zij van de vraag of die in het verweer omschreven handelwijze bij verdachte redelijkerwijs verwachtingen heeft kunnen wekken met betrekking tot het verdere verloop van het controleonderzoek, die verwachtingen om de hiervoor genoemde redenen niet het vertrouwen konden rechtvaardigen dat het openbaar ministerie verstoken zou zijn van het recht om ter zake tot strafvervolgning van verdachte over te gaan. Op zich is dit wel begrijpelijk. Uitspraken van controleambtenaren over het nader contact opnemen over een controleonderzoek zeggen immers nog helemaal niets over de vraag of al dan niet een strafrechtelijke vervolging zal worden ingesteld. Dat laat onverlet dat het niet moeilijk voorstelbaar is dat een burger twee overheidsinstanties als zijnde één en dezelfde aanduidt en geneigd is op basis daarvan de ene instantie aan uitlatingen van de ander te houden en *vice versa*. In fiscale strafzaken geldt dit eens te meer, nu de vervolgingsbeslissing op grond van artikel 80 AWR is voorbehouden aan het Bestuur van 's Rijksbelastingen.

HR 8 mei 2012, LJN BW3684 (motivering afroomboete)

Het gebeurt niet zo vaak dat de Hoge Raad casseert ten aanzien van de straftoemeting. Pas als straffen zijn opgelegd die wettelijk gezien niet tot de mogelijkheden behoren of de redelijke termijn is geschonden, grijpt hij in. Dit is niet verwonderlijk aangezien de beslissing omtrent de straftoemeting in hoofdzaak een feitelijke beslissing is. Soms echter acht de Hoge Raad de motivering van de opgelegde straf te mager. Dat deed zich ook voor in onderhavige casus.

Verdachte was in deze zaak veroordeeld tot een taakstraf, bestaande uit een werkstraf, voor de duur van 240 uren, subsidiair 120 dagen hechtenis, en een geldboete van € 200.000,-, subsidiair 12 maanden hechtenis, ter zake van het meermaals plegen van valsheid in geschrift en belastingfraude.

De verdediging had bij het hof een draagkrachtverweer gevoerd en gewezen op de benarde financiële positie van de verdachte, in het bijzonder het executoriale beslag dat de fiscus in verband met de naheffingsaanslagen met betrekking tot de ten onrechte aan de verdachte betaalde bedragen had gelegd op het enige vermogensbestanddeel van de verdachte. Tegen deze achtergrond zou de verdachte niet in staat zou zijn een opgelegde geldboete te betalen, aldus de verdediging. In het kader van de straftoemeting had het hof (standaard) overwogen dat de op te leggen straf was bepaald op grond van de aard en ernst van de feiten, de omstandigheden waaronder de feiten zijn begaan en de persoon van verdachte. Daarnaast overwoog het hof dat gelet op de lange periode (6 jaren) waarin verdachte had gefraudeerd evenals het grote bedrag (enkele tonnen) dat verdachte op deze wijze ten onrechte van de fiscus heeft ontvangen, een onvoorwaardelijke gevangenisstraf en een geldboete van € 200.000,-, in beginsel een passende bestraffing zijn voor deze feiten. Ten aanzien van de geldboete overwoog het hof dat deze mede dient ter afroaming van het door verdachte behaalde voordeel.

De Hoge Raad acht de oplegging van deze afroomboete onvoldoende gemotiveerd. Hij stelt zich op het standpunt dat gelet op wat de verdediging heeft aangevoerd omtrent de financiële positie van de verdachte, waaronder in het bijzonder het executoriale beslag dat de fiscus in verband met de naheffingsaanslagen met betrekking tot de ten onrechte aan de verdachte betaalde bedragen heeft gelegd op het enige vermogensbestanddeel van de verdachte, op grond waarvan de verdachte niet in staat zou zijn een opgelegde geldboete te betalen, het oordeel niet zonder meer begrijpelijk is. Het middel dat klaagt dat het hof de strafoplegging niet naar de eis der wet met redenen heeft omkleed, is dan ook terecht voorgesteld. De Hoge Raad volgt hierin zijn advocaat-generaal. Deze wijst er nog op dat als juist is dat het hof die draagkracht in het behaalde voordeel heeft gezocht, dit nadere uitleg behoeft waarom het hof in het gelegde executoriale beslag en de daaraan ten grondslag liggende naheffingsaanslagen geen beletsel heeft gezien om te oordelen dat de boete uit het wederrechtelijk verkregen voordeel kan worden betaald. En als niet juist is dat het hof de draagkracht van de verdachte in het behaalde voordeel heeft gezocht is het oordeel eveneens ontoereikend gemotiveerd, aangezien het enkele feit dat verdachte onvoldoende inzicht heeft geboden in zijn financiële situatie niet zonder meer meebrengt dat hij in staat moet worden geacht een boete van € 200.000,- te betalen.

De Hoge Raad heeft er eerder blijk van gegeven geen principiële bezwaren te hebben tegen het opleggen van afroomboetes (HR 15 juni 2010, LJN BM2428, NJ 2010,358), zij het dat het boetebedrag dan wel een nadere motivering vereist. Dat geldt zeker in een casus als de onderhavige waar uit de gedingstukken al blijkt dat er allerlei naheffingsaanslagen zijn opgelegd en er een gereede kans bestaat dat 'dubbel' wordt afgeroomd. Met advocaat-generaal Knigge kan worden betoogd dat in het bijzonder artikel 74 AWR in dit kader van belang is. Dat sluit voordeelsontneming bij zuivere fiscale delicten uit omdat de fiscus over eigen vergaande middelen beschikt om belastingschulden in te vorderen. Als de strafrechter dan toch tot een afroomboete overgaat dan zou duidelijk moeten zijn of de fiscus zelf niet tot afroaming is of zal overgaan. In deze zaak wezen de gedingstukken op het terugvorderen van de ten onrechte ontvangen BTW, dus was een nadere motivering op zijn plaats.

Hof Amsterdam 23 maart 2012, LJN BW4282 en Hof 's-Hertogenbosch 19 juni 2012, LJN BW8677

In artikel 74 AWR is bepaald dat ten aanzien van bij de belastingwet strafbaar gestelde feiten artikel 36e van het Wetboek van Strafrecht geen toepassing vindt. Het voordeel uit fiscale fraude bestaat immers uit het fiscale nadeel voor de

Belastingdienst. De belastingwetgeving beschikt zelf over instrumenten om het voordeel behaald middels fiscale delicten te 'ontnemen' door middel van navorderingsaanslagen en tot een juiste belastingheffing te komen. Indien een vervolging plaatsvindt op basis van artikel 68 en 69 AWR kan derhalve geen ontnemingsvordering worden ingesteld. In dit kader is het van belang op te merken dat de Hoge Raad heeft uitgemaakt dat een fiscaal delict kan gelden als een gronddelict voor witwassen. Via een omweg zou door het openbaar ministerie derhalve alsnog een ontnemingsvordering kunnen worden ingesteld naar aanleiding van een veroordeling op grond van artikel 420bis e.v. Sr. Uit recente jurisprudentie blijkt dat de bewijsoverwegingen (en de daaraan voorafgaande verweren) in de hoofdzaak zeer nauw steken om al dan niet aan een ontnemingsvordering te ontkomen.

Hof Amsterdam wees op 23 maart 2012 in een ontnemingsprocedure een beroep op artikel 74 AWR af. De betrokkene was veroordeeld voor het medeplegen van witwassen van twee geldbedragen. Uit de overwegingen van het hof in de ontnemingsprocedure kan niet exact worden afgeleid wat het gronddelict is geweest voor het witwassen. In de strafzaak is door het hof kennelijk wel overwogen dat de veroordeelde deze bedragen heeft witgewassen door ze niet aan de fiscus op te geven. Daaraan kan volgens het hof niet de conclusie aan worden verbonden dat het grondfeit voor de ontnemingsvordering enkel het niet opgeven van geldbedragen aan de fiscus is geweest en noch dat de veroordeelde slechts die gedeelten van deze bedragen heeft witgewassen, die ten onrechte niet aan de fiscus zijn betaald. De veroordeelde is immers veroordeeld voor het witwassen van de volledige geldbedragen. Bij de hoogte van de ontnemingsvordering laat het hof vervolgens de opgelegde naheffingsaanslagen met vergrijpboetes (!) buiten beschouwing, onder verwijzing naar HR 17 februari 1998, *NJ* 1998, 499. De ontnemingsvordering wordt voor het volledige bedrag toegewezen.

Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch komt op 19 juni 2012 tot een ander oordeel. Het hof verklaarde het openbaar ministerie niet-ontvankelijk in de ontnemingsvordering, aangezien deze enkel strekte ter ontneming van voordeel louter behaald door bij de belastingwet strafbaar gestelde feiten. Hieraan deed niet af dat de veroordeelde was veroordeeld ter zaken van deelname aan een criminele organisatie, die uitsluitend het plegen van belastingfraude met behulp van valselijk opgemaakte geschriften tot oogmerk had.

Daaruit concluderen wij dat artikel 74 AWR wel opgeld doet in de situatie waarin een verdachte wordt veroordeeld voor een 'containerfeit', zoals witwassen of het deelnemen aan een criminele organisatie, waarbij enkel een fiscaal delict het gronddelict is.

W.E.C.A. Valkenburg & A.A. Feenstra